



LA MUERTE PRESUNTA

POR

CARLOS VERGARA BRAVO

(Profesor de Estado en la Asignatura de Historia)

(Continuacion)

30. El sistema de avisos para citar al ausente está establecido en casi todas las legislaciones.

El Código del Ecuador i el de Colombia consignan el mismo precepto que el de Chile. El arjentino dispone que las citaciones se hagan por los periódicos cada mes, por espacio de seis meses. El uruguayo prescribe la publicacion por tres veces con intervalos de sesenta dias entre cada una. El venezolano dispone que se cite por medio de un periódico a la persona que se dice ausente, señalándole dos meses para que comparezca, i que si no compareciese, se le vuelva a citar por dos veces mas en la misma forma i con el mismo plazo.

En las ConcordanCIAS se puede ver lo que sobre este particular establecen otros códigos.

Artículo 81. 3

La declaracion podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan trascurrido seis meses al menos desde la última citacion.

REFERENCIAS

Seis meses.—48.

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 78. 3.^a La declaracion podrá ser pedida por cualquiera persona que tenga interes en ella, con tal que hayan trascurrido seis meses, a lo menos, desde la ultima citacion.

C. Col.—Art. 97 3.^o La declaracion podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interes en ella; pero no podrá hacerse sino despues que hayan trascurrido cuatro meses, a lo menos desde la ultima citacion.

C. Arj.—Art. 113. En los casos de los artículos anteriores, el cónyuje del ausente, los presuntos herederos lejítimos, los instituidos por tales en un testamento abierto, o los legatarios, los que tuviesen derecho a bienes poseidos por el ausente, o los que tuviesen sobre sus bienes algún derecho subordinado a la condicion de su muerte, el Ministerio Fiscal o el Cónsul respectivo, si el ausente fuese extranjero, pueden pedir una declaracion judicial del dia presuntivo del fallecimiento del ausente, al juez del ultimo domicilio o residencia de aquél.

C. Ur.—Art. 55, inc. 2.º Los interesados a los efectos de este artículo, son los herederos presuntivos, i todos los demas que tienen en los bienes del ausente derechos que se subordinan a la condicion de su fallecimiento.

Art. 60. La declaracion de ausencia no podrá decretarse por el Juez hasta pasado un año desde la primera publicacion, con arreglo al artículo anterior. Decretada que sea, el Juez mandará que se publique por los periódicos.

C. Bra.—Art. 470. Considéranse interesados para este efecto.

I. El cónyuje no separado judicialmente.

II. Los herederos presuntivos lejítimos o los testamentarios.

III. Los que tuvieren sobre los bienes del ausente derecho subordinado a la condicion de muerte.

IV. Los acreedores de obligaciones vencidas i no pagadas.

Art. 471. La sentencia que determina la apertura de la sucesion provisional solo producirá efecto seis meses despues de publicada; pero, luego que produzca cosa juzgada, se procederá a la apertura del testamento, si existe, i al inventario i particion de los bienes, como si el ausente hubiera fallecido.

§ 1.º Terminado el plazo del artículo 469, i no habiendo absolutamente interesados en la sucesion provisional, corresponde al Ministerio Publico requerir la del juez competente.

§ 2.º No compareciendo heredero, o interesado, luego que produzca cosa juzgada la sentencia que manda abrir la sucesion provisional, se procederá judicialmente a la guarda de los bienes del ausente en la forma establecida en los artículos 1591 a 1594.

C. Ven.—Art. 34. V. C. del art. 81, núm. 1.

C. Fran.—Art. 115. V. C. del art. 81, núm. 1.

C. Esp.—Art. 185. Podrán pedir la declaracion de ausencia:

1.º El cónyuje presente.

2.º Los herederos instituidos en testamento que presentaren copia fehaciente del mismo.

3.º los parientes que hubieren de heredar abintestato.

4.º Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algun derecho subordinado a la condicion de su muerte.

C. Sui.—Art. 548. Hai lugar a administrar de oficio la porcion del heredero ausente cuya existencia o muerte no hayan podido probarse a la fecha de la apertura de la sucesion.

Aquellos en quienes recaería la porcion del ausente si éste no existiere, pueden, trascurrido que sea un año del suceso peligroso en que desapareció, o cinco de las últimas noticias, pedir al juez que pronuncie la declaracion de ausencia i les dé la posesion de los bienes.

Los bienes les serán entregados con sujecion a las reglas aplicables a la entrada en posesion de los herederos de un ausente.

Art. 35., inciso 1.º Si pareciese mui probable el fallecimiento de una persona desaparecida en peligro de muerte o de la que no se han tenido noticias desde mucho tiempo, podrá el juez declarar la ausencia a peticion de los que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido.

COMENTARIO

SUMARIO. — 31. Reglas que contiene este número. — 32. Personas que pueden provocar la muerte presunta i naturaleza del interes que deben tener. — 33. Disposiciones de algunos códigos extranjeros sobre este punto. — 34. Impropiidad de la voz provocar que emplea el inciso. — 35. Período durante el cual permanece suspendida la tramitacion del juicio.

31. Este número encierra dos reglas:

1.^a La declaracion puede ser provocada por cualquiera persona que tenga interes en ella;

2.^a Para hacer la declaracion deben haber trascurrido seis meses al ménos desde la ultima citacion.

32. Como se vé, la primera regla determina las personas a quienes se confiere el derecho de provocar la declaracion de la presuncion de muerte del desaparecido. Estas son todas cuantas tengan algun interes subordinado a esa declaracion.

En consecuencia, no corresponderá a los acreedores, porque no necesitan de ella para hacer valer sus créditos. Les basta pedir que se nombre al desaparecido un curador que lo represente en los respectivos juicios.

Tampoco tendrá esta facultad el defensor de ausentes, porque sus funciones son propiamente protectoras de los intereses del desaparecido i rara vez podrá convenir a éste que se le declare muerto presunto.

Ni lo tendrán las personas a quienes mueva la simple afeccion o benevolencia, porque el mero sentimiento, como dice García Goyena, no crea un derecho. El interes de que se habla en este inciso debe ser apreciable en dinero. Unicamente los intereses pecuniarios, futuros o presentes, orijinan accion en juicio.

En cambio, lo tendrán de manera indiscutible el cón-

yuje presente, los herederos instituidos en testamento abierto, los parientes que hubieren de heredar abintestato, los propietarios i los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseidos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, los socios, i en general, todas las personas a quienes pertenezca algun derecho sobre sus bienes, subordinado a la condicion de su muerte.

33. En algunas legislaciones se enumeran taxativamente los interesados. Así lo hace el artículo 113 del Código argentino; el 623 del mejicano; el 185 del español.

En otras legislaciones se considera como tales al ministerio público i aún al cónsul de la nacion del desaparecido. En otras, como la brasilera, se reconoce el carácter de parte interesada a los acreedores de obligaciones vencidas i no pagadas. I finalmente, en algunas, como la uruguaya, se autoriza a los parientes i amigos para estimular al ministerio publico, participándole el perjuicio que sufren los intereses del ausente.

34. La accion de los interesados se desarrolla en un verdadero litijio seguido con el defensor de ausentes, en representacion del desaparecido. Sin su requerimiento el juez no podria proceder de oficio.

Esta situación jurídica justifica la crítica que se ha hecho a la redaccion del inciso. He aquí los términos en que el señor Borja lo comenta: «La voz provocar empleada en el N.º 3 es impropia; pues provocar no significa sino mover o incitar a que se siga el juicio. Los interesados son en realidad partes; intervienen en todos los trámites del juicio i pueden interponer los recursos que el Código de enjuiciamiento concede. Nos parece, pues, acertada la reforma del Código Ecuatoriano: «La

declaración podrá ser pedida por cualquiera persona que tenga interés en ella.» (a)

35. La segunda regla del número que comentamos dispone que los interesados deben esperar el trascurso de seis meses, contados desde la última citacion, para pedir que se declare la presuncion de muerte.

Este es un nuevo plazo que se concede al desaparecido para ponerse en comunicacion con los suyos o constituir procurador; i no se cuenta, como los anteriores, desde la fecha de las últimas noticias, sino desde la última citacion, que es naturalmente la del periódico en que la publicacion se hizo.

De este modo resulta que la marcha del juicio permanecerá suspendida durante catorce meses dos dias, o sea, los ocho meses dos dias, que dura el período de las citaciones por avisos, mas los seis meses prescritos en el presente número; i que la declaracion de la muerte presunta en ningun caso podrá tener lugar antes de haber trascurrido los cuatro años posteriores a las últimas noticias que indica el número 1, i los catorce meses i dias a que nos acabamos de referir.

(a) T. II.—Núm. 186.

Art. 81. 4.

Será oído para proceder a la declaracion, i en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor de ausentes; i el juez, a peticion del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, ademas de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que segun las circunstancias convengan.

REFERENCIAS

Pruebas.—1698.

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 78. 4.º Será oído, para proceder a la declaracion, i en todos los trámites judiciales, posteriores, el defensor de ausentes; i el juez, a peticion del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, ademas de las pruebas que se le presentaren, si no las estimare satisfactorias, las otras que, segun las circunstancias, convengan.

C. Col.—Art. 97. 4.º Será oído, para proceder a la declaracion i en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque tal declaracion; i el Juez, a peticion del defensor o de cualquiera persona que tenga interes en ello, o de oficio, podrá exigir, ademas de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que segun las circunstancias convengan.

C. Arj.—Art. 115. V. C. del art. 81, núm. 2.

C. Urj.—Art. 53. El Ministerio Público queda especialmente encargado de vijilar los intereses de las personas que se presumen ausentes, i será oído en todos los negocios que les conciernan.

Los parientes i amigos del ausente pueden estimular al Ministerio Público, participándole el perjuicio que sufren los intereses del ausente.

Art. 58. V. C. del art. 81, núm. 1.

C. Ven.—Art. 36. Si trascurrido el plazo de la tercera citacion no comparece el ausente ni por sí ni por apoderado, el Tribunal le nombrará un defensor con quien se seguirá juicio ordinario sobre la declaracion de ausencia.

La sentencia que causé ejecutoria se publicará tambien en un periódico.

Art. 37. El cónyuje presente podrá contradecir, en el juicio a que se refiere el artículo anterior, la solicitud sobre declaracion de ausencia del otro cónyuje.

C. Fran.—Art. 114. El Ministerio Público está especialmente obligado a velar por los intereses de los presuntos ausentes, i será oído en todas las demandas que les conciernen.

Art. 115. V. C. del art. 81, núm. 1.

Art. 116. Para constatar la ausencia, el tribunal, segun las piezas i documentos acompañados, ordenará que se rinda informacion contradictoriamente con el procurador del Rei (el procurador de la República), en el distrito del domicilio, i en el de la residencia, si son distintos el uno del otro.

Art. 117. El tribunal que conozca en la causa tomará en cuenta los motivos de la ausencia, i los que han

podido obstar a que se tengan noticias del presunto ausente.

C. Sui.—Art. 36, V. C. del art. 81, núm 2.

COMENTARIO

SUMARIO.—36. Reglas que encierra el inciso.—37. El defensor de ausentes es parte directa.—38. Atribuciones jenerales del ministerio de los Defensores Públicos.—39. Conveniencia de designar defensores especiales a los desaparecidos.—40. Necesidad de que el juez aprecie la prueba libremente.

36. El número 4 prescribe la siguiente regla:

1.^a Que para proceder a la declaracion i en todos los trámites judiciales posteriores será oído el defensor de ausentes;

2.^a Que el juez, a peticion del defensor, o de cualquiera persona que tenga interes en ello, o de oficio, podrá exigir, ademas de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, las otras que segun las circunstancias convengan.

37. Segun la primera de las citadas reglas, el defensor de ausentes tiene intervencion directa en el juicio. Contradictoriamente con él deben los interesados iniciarlo i proseguirlo. La lei lo faculta para exigir que éstos mejoren sus pruebas hasta producir un completo esclarecimiento de los hechos, pudiendo, en consecuencia, interponer todos los recursos que el Código de Procedimiento concede.

«El Ministerio Público, dice el señor Chacon, por el ór-

gano del defensor de ausentes debe asumir la representacion del ausente, i procurar todos los datos i pruebas que conduzcan al objeto de la indagacion» (a).

«La intervencion del defensor de ausentes que representa el Ministerio Público, dice el señor Armas, es una garantía de que la resolucion de un juicio tan grave i serio sea, en cuanto fuere posible, la última espresion de la verdad, i ademas tiene por objeto evitar maquinaciones fraudulentas contra los intereses del desaparecido» (b).

38. Lo espuesto nos lleva a estudiar el carácter de dichos funcionarios.

Este se espresa en términos jenerales en el mensaje que el Presidente de la República presentó al Congreso Nacional con el proyecto de lei sobre organizacion i atribuciones de los tribunales. «Al lado del ministerio público, se dice en ese documento, encargado de la tuicion de los intereses jenerales de la sociedad, está la majistratura de los defensores públicos a cuyo celo confía la lei la defensa de los derechos de los incapaces, de los constituidos en cierto estado de desamparo, i de benéficas instituciones, a los cuales dispensa especial proteccion».

Son numerosas las disposiciones legales que préscriben la intervencion o audiencia de los defensores públicos para la aprobacion judicial de los actos de los incapaces o de sus representantes legales. El artículo 295 de la lei orgánica de los tribunales espresa los casos en que debe ser oido i el 298 los casos en que los jueces pueden oirlo.

Ademas, segun los artículos 81, 88 i 476 del Código

(a) T. 1—Páj. 74.

(b) Páj. 111, núm. 11.

Civil, debe ser oído dicho funcionario cuando se trate de declarar la presunción de muerte del individuo que ha desaparecido, cuando se trate de autorizar a los poseedores provisorios para vender los bienes muebles i enajenar o hipotecar los raices pertenecientes al mismo, i cuando se trate de nombrar curador de bienes a un ausente. El artículo 1603 dispone que se le debe notificar la consignacion que se hiciera para pagar una deuda al acreedor que se halla ausente.

En tales casos su intervencion es una formalidad esencial del procedimiento, cuya omision afectaria a la validez de la resolucion judicial que se tomara.

Pero la accion de estos defensores en nada entraba la libertad del juez para fallar segun su conviccion. La lei solo impone a éste la obligacion de oirlo i no la de proceder con su acuerdo. El defensor, por su parte, disfruta de la misma independenciam. Dice el artículo 267 de la citada lei de 15 de Octubre de 1875: «El Ministerio Público es, en lo tocante al ejercicio de sus funciones, independiente de los tribunales de justicia cerca de los cuales es llamado a ejercerlas.

«Puede, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que sus convicciones se lo dicten, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a la lei».

39. En todas las legislaciones se confiere al Ministerio Público la tuicion de los intereses de las personas ausentes; pero en algunas se les designa ademas un defensor especial, como medio de evitar las colusiones i los fraudes de los interesados en apoderarse de sus bienes.

El Código de Colombia, en el artículo 97, 4.^a, dice: «será oído, para proceder a la declaracion i en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nom-

brará al ausente, desde que se provoque tal declaración». El artículo 115 del Código de la Argentina, dispone que «el juez debe nombrar un defensor al ausente i un curador a sus bienes, si no hubiese administrador de ellos». El 54 del Código del Uruguay encarga al Ministerio Público la vijilancia de los intereses de las personas que se presumen ausentes, i autoriza a los parientes i amigos para estimular al Ministerio Público, participándole el perjuicio que sufren los intereses del ausente.

Desgraciadamente, nuestro Código no ha sido en esta parte tan precavido como los que dejamos citados. Esta deficiencia ya habia llamado la atencion de algunos comentadores. El señor Borja dice a este respecto: «Tambien hubiera convenido (i ello podria ordenarse en el Código de Enjuiciamientos) nombrar un abogado que, como curador *ad litem*, represente i defienda al desaparecido. Solo entónces se harian todas las jestioniones conducentes a evitar que la colusion i el fraude perjudiquen al desaparecido, cuyos bienes pueden despertar a la codicia» (a).

40. Dispone la segunda regla de este número que el juez puede exigir de oficio, ademas de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, las otras que segun las circunstancias convengan.

Nada mas necesario. La presuncion de muerte se funda en conjeturas e indicios mas o ménos falibles, respecto de los cuales no es posible fijar reglas absolutas. Por consiguiente, las circunstancias tienen que ser de gran peso si no se presentan hechos positivos en que fundar la sentencia, i el juez necesita tener el derecho de decidir segun ellas.

(a) T. II, Núm. 187.

Si encontrara, pues, que no se han justificado todavía suficientemente los requisitos necesarios para declarar el estado de presuncion de muerte, podrá desestimar la prueba rendida i exigir nuevas i mas completas justificaciones.

Esta doctrina fué la que prevaleció en la Comision Redactora del Código Civil Frances al discutirse el título de los ausentes, i don Andrés Bello la incorporó acertadamente en nuestra lejislacion (a).

Artículo 81. 5.

Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se insertarán en el periódico oficial

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 78. 5.^a Todos los autos i sentencias se insertarán en el periódico oficial.

C. Col.—Art. 97. 5.^o Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se publicarán en el periódico oficial.

C. Ur.—Art. 60. V. C. del artículo 81, N.^o 3.

C. Bra.—Art. 471. V. C. del artículo 81, N.^o 3.

C. Ven.—Art. 36, inciso 2.^o V. C. del art. 81, N.^o 4.

C. Fran.—Art. 118. El procurador del Rei (el procurador de la República), tan luego como se pronuncien las

(a) El Primer Cónsul. «En el curso de la discusion del Código Civil son frecuentes las quejas de que son mui limitadas las atribuciones de los jueces. El inconveniente de restrinjirlas demasiado se ha conocido en todos los pueblos, que han declarado en sus leyes principios jenerales, luminosos i fecundos en consecuencias. Hase juzgado que los casos de aplicacion

sentencias así interlocutorias como definitivas, las enviará al Ministro de Justicia, quien las hará publicar.

C. Esp.—Art. 186. La declaracion judicial de ausencia no surtirá efectos hasta seis meses despues de su publicacion en los periódicos oficiales.

varian a lo infinito; que en vano se procurará enumerarlos todos, i que si alguno se omitiese, las leyes redactadas en sentido absoluto serian necesariamente incompletas».

M. Berenger. «La lei debe reglarse por consideraciones de utilidad pública mas bien que por miras particulares; i la utilidad pública no permite que se amplíen las atribuciones de los tribunales. Los jueces que no están sujetos a reglas fijas pueden prevaricar impunemente; cuando, al contrario, las reglas limitan sus atribuciones, el ciudadano que conoce esas reglas, puede determinar su conducta i sus negocios, procurando la aplicacion de aquéllas si le son favorables i evitándola, si adversas. Se lastiman entónces ciertos intereses, sin que haya culpa ni imprevision; pero ese inconveniente debe prevalecer sobre otro mucho mas jeneral».

El Primer Cónsul. «Tal sistema supone que la lei es injusta, i ello basta para derogarla. La injusticia puede cometerse por los jueces, porque son hombres; pero es contrario a la naturaleza de las cosas que la lei sea injusta, i que obligue al juez a serlo contra su voluntad.

Por otra parte, el problema está mal planteado. El se reduce a saber si son mayores los inconvenientes de sujetar a los tribunales a reglas absolutas, las cuales no obstan a que sean injustos si quieren serlo, que de referirse a la aplicacion de principios jenerales declarados conforme a la esperiencia. No se puede vacilar entre los dos inconvenientes, a considerarse que es imposible espedir leyes que prevean todos los casos, i que no dejen al arbitrio del juez el mayor número de aquellos que debe conocer».

El Cónsul Cambacérés. «La proposicion de M. Berenger no puede admitirse. Se ha visto ya que de todas las materias comprendidas en el Código Civil, la de la ausencia es la ménos susceptible de reglas mui absolutas; en jeneral el sistema de todo lejislador ilustrado debe consistir en asentar los principios que son la base de sus decisiones».

El señor Borja, de cuyos estudios sobre el Código Civil chileno tomamos los párrafos trascritos, dice a continuacion: «No puede darse un comentario mas completo i luminoso del artículo 81, núm. IV del Código chileno; pues don Andres Bello aceptó los principios que prevalecieron en el Consejo de Estado.

Art. 192. La sentencia en que se declare la presuncion de muerte de un ausente, no se ejecutará hasta despues de seis meses, contados desde su publicacion en los periódicos oficiales.

COMENTARIO

SUMARIO.—41. Prescripcion del artículo.—42. Las sentencias debieran tambien publicarse en el lugar donde se sigue la causa.—43. Division de las sentencias.

41. Prescribe este número que todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se inserten en el periódico oficial.

De esta manera confirma el legislador su empeño por cautelar los intereses del desaparecido. Miéntas mas amplia sea la publicidad que se dé a las actuaciones judiciales, mayor será la probabilidad de que estas lleguen a su conocimiento.

42. Pero las presentes publicaciones no miran solamente al interes del desaparecido. Se quiere ademas notificar a los presentes. Sin duda que este objeto no se consigue con las publicaciones prescritas. El periódico oficial solo por escepcion llegará al antiguo domicilio del desaparecido, que es el lugar donde hai interes en conocer los fallos judiciales.

Seria, pues, conveniente que se estableciese en la lei que las sentencias se debian tambien publicar en la cabecera de la provincia o del departamento en donde se sigue la causa.

Tal procedimiento no es nuevo en el Código. Por ejemplo, el artículo 1240 ordena que el fallo judicial que declara yacente la herencia se publique en un periódico

del departamento i en carteles que se fijarán en tres de los parajes mas frecuentados del mismo.

43. Sentencia, segun dicen los autores, es la decision lejítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal, i la llaman así de la palabra latina *sentiendo*, porque el juez declara lo que siente segun lo que resulta del proceso (a). Segun D. Bernardo Lira, esta voz aplícase especialmente «a las decisiones judiciales dirijidas a terminar definitivamente el pleito, o algun incidente promovido en él, para distinguirlas de las providencias, proveidos o decretos de mera sustanciacion que solo tienen por objeto dar curso progresivo a los autos; i se dividen en definitivas e interlocutorias» (b).

Las primeras resuelven definitivamente la cuestion principal de que se trata en el pleito i ponen fin a la instancia, absolviendo o condenando al demandado. Las segundas son las que se pronuncian en el discurso del mismo sobre algun incidente i llámase tambien *autos*.

El Código del Ecuador, ha reformado este artículo, poniendo la palabra autos en lugar de sentencias interlocutorias.

(a) Escriche.

(b) Prontuario T. I. N.º 425.

Art. 81. 6

El juez fijará como dia presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; i trascurridos diez años desde la misma fecha, concederá la posesion provisoria de los bienes del desaparecido.

REFERENCIAS

Diez años.—48

Posesion provisoria.—84

Bienes.—565

CONCORDANCIAS

C. Ec.—Art. 78. 6.^a El juez fijará como dia presuntivo de la muerte, el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias; i trascurrido diez años desde la misma fecha, concederá la posesion provisional de los bienes del ausente.

C. Col.—Art. 97. 6.^a El juez fijará como dia presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; i trascurridos dos años mas desde la misma fecha, concederá la posesion provisoria de los bienes del desaparecido.

C. Arg.—Art. 116. Pasados los seis meses, i recibidas las pruebas que presentaren los que hubiesen pedido la declaracion del dia presuntivo del fallecimiento del ausente, el juez, oido el defensor de éste, declarará la ausencia i el dia presuntivo del fallecimiento del mismo i mandará abrir, si existiese, el testamento cerrado que hubiese dejado.

Art. 117. En el caso del artículo 110, el juez fijará, como día presuntivo del fallecimiento del ausente, el último día de los primeros tres años de la ausencia, o del día en que se tuvo de él la última noticia; i en el caso del artículo 112, el día del conflicto de guerra, naufragio, terrémoto, etcétera, si fuese conocido, o no siéndolo, el día del término medio entre el principio i el fin de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

Art. 118. Fijado el día presuntivo del fallecimiento, los herederos testamentarios, i en su falta los lejítimos, a la época del presuntivo fallecimiento del ausente, o los herederos de éstos, o los legatarios, entrarán en la posesion provisoria de los bienes del ausente bajo inventario formal, i fianzas que aseguren su buena administracion. Si no pudiesen dar fianzas, el juez podrá exigir la garantía que juzgue conveniente, o poner los bienes bajo la administracion de un tercero.

C. Ur.—Art. 66. V. C. del art. 81, núm. 3.

C. Fran.—Art. 120. Si el ausente no ha constituido mandatario para la administracion de sus bienes, en virtud de la sentencia definitiva que hubiere declarado la ausencia, sus herederos presuntivos el día de su desaparicion o de sus últimas noticias podrán solicitar la posesion provisional de los bienes que pertenecian al ausente el día de la partida o de sus últimas noticias, siempre que den fianza para seguridad de la administracion.

C. Al.—Art. 18. La declaracion de muerte establece la presuncion de que el ausente ha fallecido en el momento fijado en el fallo que pronuncia esta declaracion.

Se reputará momento de la muerte, cuando de la investigacion no resulte otro:

En los casos del artículo 14, aquel en que la declaracion de muerte haya podido hacerse;

En los casos del artículo 15, el de la conclusion de la paz o la espiracion del año en que terminó la guerra;

En los del artículo 16, el en que el buque se haya perdido o aquél en que se presume la pérdida;

En los del artículo 17, aquel en que haya tenido lugar el suceso.

Si la época de la muerte se fijare solo en cuanto al dia, se reputará momento de aquélla la terminacion de dicho dia.

C. Sui.—Art. 38. Cuando las requisitorias no hayan dado resultado, hará el juez la declaracion de ausencia, pudiendo ejercitarse los derechos consiguientes al fallecimiento del mismo modo que si la realidad de este se hubiese establecido.

Los efectos de la declaracion de ausencia se retrotraerán al dia del peligro de muerte o al de las últimas noticias.

COMENTARIO

SUMARIO.—44. Reglas que prescribe este número.—45. Fundamento de la primera regla.—46. Fundamento de la segunda.—47. Sistema que se ha adoptado en otras legislaciones.—48. Conveniencia de adoptar sistemas análogos.—49. En lugar de provisorio, debería decirse provisorial, segun la Academia.

44. En los números anteriores el Código se ha preocupado principalmente de prescribir reglas de procedimiento, tendientes a proporcionar al juez todos los elementos que puedan contribuir a formar su conviccion sobre la vida o la muerte del desaparecido, pero en este número establece las dos trascendentales prescripciones siguientes:

1.^a Que el juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias.

2.^a Que trascurrido diez años desde la misma fecha, concederá la posesion provisoria de los bienes del desaparecido.

45. Recordaremos que cuando se trataba de apreciar la prueba rendida para obtener la declaracion de la presuncion de muerte, la lei dejó al tribunal la mas amplia libertad de accion i de criterio. En tal caso esto era perfectamente jurídico. Mediante nuevas indagaciones, el juez podia llegar a formarse una conviccion completa sobre los hechos, i la lei se apresuraba a darle los medios de obtenerla.

Pero, cuando se trata de fijar el día en que se presume ocurrida la muerte del desaparecido, carecerá casi siempre de datos para determinarlo. Solo podrá hacerlo ateniéndose a indicios i deducciones espuestos a las mas graves equivocaciones.

Por consiguiente, siendo tan escasos los medios de indagacion de que puede disponer en este caso, seria a todas luces imprudente dejar entregados a su arbitrio los intereses privados. Como dice el señor Claro Solar, se colocaria al majistrado «en una situacion sumamente difícil, constiyéndolo en árbitro de conceder o quitar una herencia i haciéndolo blanco de las pasiones de las partes» (a).

Estos posibles errores i prevaricaciones los ha evitado la lei, estableciendo que el juez deberá fijar necesariamente como día presuntivo de la muerte, el último del

(a) T. I.—N.º 445

primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias.

Tal determinacion es sin duda arbitraria, pero es la que mas se acerca a la realidad. Todo el sistema del desaparecimiento reposa en las probabilidades de la muerte o de la vida del desaparecido. «I en este proceso de las probabilidades, segun el mismo señor Claro, hubo un momento en que las dos presunciones han debido ser igualmente probables i éste es el que la lei ha elejido» (b).

El mejor comentario de este número está en las anotaciones que a su márjen escribió el señor Bello, i nos apresuramos a transcribirlas: «Si se dejase al juez, dice, la correspondiente nota del Proyecto de 1853, la facultad de fijar la fecha de la muerte, no podria casi nunca hacerlo sino por medio de conjeturas sumamente falibles i que abririan gran campo a la arbitrariedad. Es verdad que segun la disposicion del inciso 6.º, pudieran ser alguna vez llamadas a la sucesion del desaparecido personas que por no haberle sobrevivido no tuviesen derecho a sucederle; i, por el contrario, serán alguna vez escluidas de la sucesion personas que por haberle realmente sobrevivido tenian derecho a ella. Pero ¿qué regla podrá adoptarse que no esté sujeta a ninguno de estos inconvenientes? Por otra parte, el que ha sido escluido no tiene de qué quejarse, puesto que para hacer valer su derecho le es necesario probarlo, esto es, probar que ha sobrevivido efectivamente al desaparecido. Ahora bien, con esta prueba es admitido a la sucesion; i aun en el caso ménos favorable puede hacer va-

(b) T. I.—N.º 445

ler hasta cierto punto sus derechos, si no han prescrito.

«Finalmente, el derecho de sucesion es una creacion de la lei, i debe sujetarse a las condiciones i restricciones que ella tenga a bien imponerle.»

«La necesidad de fijar de cualquier modo la fecha de la muerte, es evidente, puesto que por ella se califican los derechos en la sucesion del desaparecido. Supóngase que el desaparecido ha dejado solamente dos hermanos; uno de ellos fallece el 1.º de Noviembre de 1847. Si la fecha de la muerte presunta es posterior, verbigracia el 20 de Diciembre de aquel año, el hermano que sobrevive al 20 de Diciembre herederá todos los bienes, a ménos que el hermano premuerto haya dejado hijos, pues en este caso serán admitidos éstos a la porcion paterna por derecho de representacion. I si su padre hubiese fallecido despues del 20 de Diciembre, no serian ya admitidos por derecho de representacion, sino de trasmision, para el cual se necesita que los hijos acepten la herencia paterna, circunstancia que no es necesaria para ejercer el derecho de representacion».

«Es necesario, agrega en otra nota el ilustre autor del Código, fijar el dia de la muerte presunta para calificar por él los derechos de los que sobreviven al desaparecido, derechos que pueden nacer o estinguirse de un momento a otro.

«En el Código Frances, se refiere la muerte presunta al dia de las últimas noticias. No se determina si por este día se entiende el de la fecha de las últimas noticias, o el de la fecha en que se reciben. Admitida la primera suposicion, si la última noticia es una carta del desaparecido ¿qué motivo habria para presumir su

fallecimiento en la misma fecha de la carta? I en la segunda, pudiendo trascurrir mucho tiempo entre la fecha de las últimas noticias i la desu recibo, ¿qué motivo habría para escluir de la herencia a todos los herederos presuntivos que hubiesen fallecido en el tiempo intermedio?

«Se ha tenido presente el Código Frances, título *De los ausentes*, con los comentarios de Rogron i de Delvincourt; a Favard de l'Anglade, palabra *Absence*; el Código de la Luisiana, calcado en esta parte sobre el de los franceses, etc.

«La diferencia de mas bulto entre estos códigos i el presente Proyecto consiste en que, segun aquéllos, la posesion definitiva no se pronuncia sino a la espiracion de treinta años, contados desde el decreto de posesion provisoria, o de cien años, contados desde el nacimiento del desaparecido» (a).

46. La segunda regla que establece este número es igualmente importante. Da origen al segundo período del desaparecimiento i su fundamento no puede ser mas lójico.

El trascurso de diez años, sin recibirse noticias del desaparecido, vigoriza en proporcion extraordinaria la presuncion de la muerte de éste e impone la necesidad de dar fijeza a las consecuencias de su prolongada ausencia.

Los intereses subordinados a la condicion de su muerte deben ahora prevalecer. Ya no seria posible seguir manteniendo los bienes sujetos a la administracion de personas cuyo empeño para conservarlos i desarrollarlos

(a) Nota al art. 83, N.º 6 del Proyecto Inédito.

tiene naturalmente que ser deficiente. Termina, pues, esa administracion i entra la de los herederos.

Al comentar los artículos 83 i 84, tendremos oportunidad de esponer con mayor detenimiento los derechos i las obligaciones que corresponden a ámbas clases de administradores.

47. En el sistema de nuestro Código, la sentencia que declara la presuncion de muerte no produce ningun resultado inmediato sobre los bienes del desaparecido. Solo surte sus efectos despues de diez años desde las últimas noticias, en virtud del decreto de posesion provisoria.

La jeneralidad de los códigos estranjeros adopta procedimientos mas fáciles i mas breves. El de la Argentina, al mismo tiempo que declara la ausencia i el dia presuntivo del fallecimiento, manda abrir el testamento del desaparecido, si existiere, i dar la posesion provisoria de los bienes a los herederos presuntivos. Análogo es el sistema del Código Uruguayo. El Suizo da a la declaracion de ausencia los efectos consiguientes al fallecimiento efectivo, retrotrayéndolos al dia del peligro de muerte o al de las últimas noticias. El Aleman dice que la declaracion de muerte establece la presuncion de que el ausente ha fallecido en el momento fijado en el fallo que pronuncia esta declaracion. I el Código del Brasil, el mas moderno de los que rijen en la actualidad, prescribe que despues de dos años de ausencia, se abra provisionalmente la sucesion.

48. Es indiscutible que estos procedimientos se conforman mas con las actuales necesidades del comercio i con los nuevos sistemas internacionales de comunicacion.

Por otra parte, como dijimos en los preliminares, no

hai razon alguna que induzca a mantener los bienes en poder de los mandatarios, despues de haberse declarado la presuncion de muerte del desaparecido. Lo lójico es que esta sentencia produzca efectos reales inmediatos.

Ahora si lo que se quiere es respetar mas largo tiempo el derecho de los ciudadanos para ausentarse del pais sin inconvenientes, bastaria que se prolongara el plazo anterior a la declaracion. Este período es por su naturaleza de mera ausencia, i no presenta la anomalía de considerar al desaparecido como ausente i como muerto al mismo tiempo.

Pero la vacilacion de los redactores del Código se explica. Estableciendo la muerte por desaparicimiento, habian introducido en la lejislacion un principio hasta cierto punto nuevo i no se atrevieron a establecer en la lei todas sus consecuencias. Mas, hoi las circunstancias son diversas. Muchos códigos posteriores las han adoptado sin reserva. Ha llegado, por consiguiente, el momento de emprender una reforma radical del sistema, haciendo producir a la declaracion de presuncion de muerte, los efectos que le corresponden lójicamente.

49. Esta es la primera vez que el Código habla de la posesion provisoria, i acaso no está demas decir que en otros códigos de paises de habla castellana se emplea la voz provisional.

Sin duda es mas correcto este vocablo. La Academia de la Lengua no acepta el término provisoria en el sentido de provisional.

El señor Roman en su Diccionario de Chilenismos dice a este respecto: *Provisorio, ria.* adj. Del frances *provisoire*, provisional. No lo ha admitido el Diccionario, ni lo necesitamos, porque, segun su formacion, no de-

beria significar provisional, sino propio del provisor. Es de sentir que lo haya usado nuestro Código Civil (arts. 81 i 82), porque eso le ha dado autoridad en todo Chile».

Queremos nosotros recordar que esa autoridad es mayor que la que indica el ilustre académico, pues tambien conceden posesion *provisoria* los códigos de la Argentina, del Uruguai i de Colombia.

Art. 81. 7.

Con todo, si despues que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcacion en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido mas de ella, i han trascurrido desde entónces cuatro años i practicándose la justificacion i citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como dia presuntivo de la muerte el de la accion de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese dia, adoptará un término medio entre el principio i el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; i concederá inmediatamente la posesion definitiva de los bienes del desaparecido.

CONCORDANCIAS

C. Ec. Art. 78. 7.^a Con todo, si despues que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido mas de ella, i han trascurrido desde entónces cuatro años, i practicándose la justificacion i citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez, como dia presuntivo de la muerte, el de la accion de guerra, naufragio o peligro. No siendo enteramente determinado ese dia, adoptará

un término medio entre el principio i fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, i concederá inmediatamente la posesion definitiva de los bienes del ausente.

C. Col.—Art. 97. 7.^a Con todo, si despues que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcacion en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido mas de ella, i han trascurrido desde entónces cuatro años i practicádose la justificacion i citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como dia presuntivo de la muerte el de la accion de guerra, naufragio o peligro, o no siendo determinado ese dia, adoptará un término medio entre el principio i el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; i concederá inmediatamente la posesion definitiva de los bienes del desaparecido.

C. Arj.—Art. 112. Causa tambien presuncion de fallecimiento la desaparicion de cualquiera persona domiciliada o residente en la República, que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, o que naufragase en un buque perdido o reputado por tal, o que se hallase en el lugar de un incendio, terremoto u otro suceso semejante, en que hubiesen muerto varias personas, sin que de ellas se tenga noticia por tres años consecutivos. Los tres años serán contados desde el dia del suceso, si fuese conocido, o desde un término medio entre el principio i fin de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

Art. 117. V. C. del art. 81, N.º 6.

C. Ur. Art. 57. Si despues que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcacion en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido mas de ella, i han trascurrido

desde entónces dos años, podrá solicitarse la declaración de ausencia.

Los dos años serán contados desde el día de la acción de guerra, naufragio o peligro, o no pudiendo ser determinado ese día, desde un término medio entre el principio i fin de la época en que pudo ocurrir el suceso.

C. Al.—Art. 15. El que habiendo tomado parte en una guerra como individuo de fuerza armada, haya desaparecido durante aquélla i permanecido ausente, podrá declararse su fallecimiento cuando hayan trascurrido tres años sin noticias despues de la conclusion de la paz. Si no ha habido tratado de paz, el plazo de los tres años comenzará al espirar aquél en que haya terminado la guerra.

Se reputará igualmente sujeto a una fuerza armada aquel que vaya unido a ella en calidad de funcionario, de empleado o de ausiliar voluntario.

Art. 16. El que durante un viaje por mar se encuentre en un barco que haya naufragado i permanezca ausente despues de este naufragio, podrá declararse su fallecimiento cuando haya trascurrido un año sin noticias despues de la pérdida del buque.

Se presume esta pérdida cuando aquél no haya llegado a su destino, o cuando, a falta de destino fijo, no haya regresado despues de haber trascurrido desde que comenzó el viaje:

Un año, en la navegacion por el Báltico;

Dos años, en los viajes por otros mares de Europa, incluso el Mediterráneo, el mar Negro i el de Azof;

Tres años, en los viajes por los mares fuera de Europa. Si se hubiesen recibido noticias del buque, el tiempo deberá contarse desde que se hubiesen tenido las últimas.

Art. 17. El que fuera de los casos previstos en los ar-

títulos 15 i 16 se haya encontrado en peligro de muerte i permanezca ausente, podrá declararse su fallecimiento trascurridos tres años desde la fecha en que tuvo lugar el suceso.

C. Sui.—Art. 548. V. C. art. 81., N.º 3.

Art. 35. V. C. art. 81, N.º 3.

Art. 36. V. C. art. 81, N.º 2.

COMENTARIO

SUMARIO.—50. Fundamento filosófico de este inciso.—51. Requisitos que exige en este caso la declaracion de presuncion de muerte.

50. La razon filosófica de las disposiciones de este número es que la coincidencia del desaparecimiento i del accidente o peligro contemplado en la lei, viene a dar a la presuncion de la muerte del desaparecido toda la fuerza de una certidumbre.

En efecto, si una persona suspende desde el momento de encontrarse en tan grave peligro toda comunicacion de familia i de negocio en su antiguo domicilio, no pudiéndose obtener noticias de ella durante cuatro años, a pesar de hacerse con tal objeto las prolijas diligencias que la lei prescribe, es perfectamente razonable suponer que falleció en la catástrofe.

La seguridad moral de que ha fallecido no puede ser ni mas absoluta ni mas fundada. Es natural, en consecuencia, que esta situacion se regle de manera especial, adoptándose determinaciones concordantes con tal estado de ánimo.

Así lo ha entendido el lejislador i por eso ha dispuesto que el juez debe conceder la posesion definitiva de los bienes inmediatamente que fije el dia presuntivo de

la muerte. Limitarse a conceder tan solo la posesion provisoria habria sido un absurdo. Esta supone la expectativa del reaparecimiento del desaparecido o a lo ménos la esperanza de obtener noticias fidedignas de la fecha de su fallecimiento, consideraciones inatendibles en la presente coyuntura.

Pero esto no quiere decir por cierto que el mero trascurso de los cuatro años autoriza al juez para darla desde luego.

La lei exige, ademas del vencimiento de ese plazo, que se hayan practicado las justificaciones i citaciones prescritas en los otros números del artículo 81. Así lo dispuso la Comision Revisora, enmendando el proyecto del señor Bello, que solo exijia el trascurso de cuatro años para conceder inmediatamente la posesion definitiva (a).

51. En resolucion el número que comentamos no presenta en realidad ninguna escepcion en la tramitacion del juicio i los interesados en declarar la presuncion de muerte deben probar que el desaparecido se halló en inminente peligro de perecer a causa de un naufragio, accion de guerra u otro peligro semejante; que desde entónces no se ha sabido mas de él i han trascurrido desde esa misma fecha cuatro años; que se han hecho las posibles dilijencias para averiguar su paradero; que se

(a) Proyecto de Código Civil. 1853. Art. 83.-7. Con todo, si despues que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcacion en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido mas de ella, i han trascurrido desde entónces cuatro años, fijará el juez como dia presuntivo de la muerte el de la accion de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado el dia del desaparecimiento, adoptará un término medio entre el principio i el fin de la época en que pudo ocurrir; i concederá inmediatamente la posesion definitiva de los bienes del desaparecido.

le ha citado por tres veces en el periódico oficial, corriendo mas de cuatro meses entre cada una de las citaciones; que han trascurrido seis meses despues de la última citacion; que se han publicado en el mismo periódico todas las sentencias libradas en el juicio i que en todos sus trámites ha intervenido el defensor de ausentes.

Practicadas estas justificaciones, si el juez las conceptúa suficientes, dictará sentencia, declarando la presuncion de muerte i fijando como dia presuntivo de ella el del peligro, si fuere conocido exactamente i, no siéndolo, adoptando un término medio entre el principio i el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso.

«Por ejemplo, dice don Andres Bello, el desaparecido, segun las últimas noticias, se embarcó el dia 1.º de Octubre de 1845 en Cádiz con destino a Méjico, i desde entónces no se han tenido noticias suyas, ni del buque en que se embarcó. Es de presumir naufragio; pero ¿en qué dia? La determinacion judicial de este dia no puede ménos de ser hasta cierto punto arbitraria. Un término medio en la duracion ordinaria del viaje es el que mas razonablemente podrá elejir el juez, cuando no haya presunciones peculiares a favor de otra determinada época de la travesía; como por ejemplo, si se supiese haber habido recios temporales o huracanes en que hubieren zozobrado otros buques, navegando al mismo tiempo i por el mismo derrotero.

«Se sabe que un individuo estaba en Paris en Octubre de 1845, i desde entónces no ha vuelto a saberse de él. Si en esa época, o poco despues, hubiese prevalecido una epidemia destructora en Paris, pudiera conjeturarse que habia perecido en la epidemia, i fijarse, como en el caso anterior, un término medio en la duracion de ella; no ha-

biendo habido estas circunstancias, i probándose por otra parte, que el individuo solia escribir a los suyos cada dos o tres meses, i que durante cuatro años no se habia recibido carta suya, ni noticia de su paradero, pudiera fijarse, para la muerte presunta, un término medio en el primer trimestre sub-siguiente a la última fecha de su correspondencia.

«Se sabe que un individuo se encontró en una batalla, despues de la cual ha desaparecido completamente: en este caso, empieza a ser presumible la muerte desde el mismo dia de la batalla» (a).

(a) Nota al artículo 83, núm. 7, del Proyecto inédito.

(Continuará)

